# Die Rechte des in Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis leistenden Schuldners.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Herbert Nath
Gerichtsreferendar
aus Berlin-Lichterfelde-West.

Marburg-Lahn 1934
Druckerei Bauer

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 18. Mai 1933.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. A. Manigk.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Literaturverzeichnis.


Binder: Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von Bernhöft und Binder, L. H. 1902.

Cleffmann: Erlanger Diss. „Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis Gezahlte zurückgefordert werden?" 1903.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., 1927.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, 1. Abt. 4. Aufl., 1909; 2. Abt. 4. Aufl., 1915.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Bd. 1, 1903.

Enneccerus: jetzt von Lehmann bezw. Nipperdey: Lehrbuch des bür-
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematische
gerlichen Rechts, Bd. 1, 10. Bearb.; Bd. 2, 1930.
Darstellung, 2. Aufl., Bd. 1, 1903.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Heilborn: In Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 46. Jahrg., 1902.

Hoeniger: Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 35, 1911.

Juristische Wochenschrift.

Kipp zu Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergl. Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 1906.

Koban: Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht, 1909.

Kohler: in Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 24, 1898.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Lehrbuch, 1904.

Lang, G.: Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, 1906.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach deutschem Bürgerlichem Gesetzbuch, 1903.

Lehmann: Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 12. Bearb. v. H. Lehmann, 1932.

Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB in System. Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, begründet von Binding, 10. Abt., Teil II, Bd. 1, 1929.

— — Im Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 21, 1902.

Liebknecht: Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, 1899.

Lippmann: In Iherings Jahrbücher, Bd. 43 u. 68 a. F.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 1924.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.
— — Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch, 1907.
— — Irrtum und Auslegung, zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, 1918.
— — Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum. Iherings Jahrbücher, Bd. 83, S. 1ff., 1933.
Matthiahs: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6.—7. Aufl., 1914.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903.
Meyer, Werner: Das Rückforderungsrecht im Falle der Aufrechenbarkeit, Königsberger Diss., 1919.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 6. Aufl., 1912.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 5. umgearb. Aufl., 2. Buch, 1. Abt., 1928, zit. a. a. O.
— — Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 113.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 4. Aufl., 1913; Bd. 2, 1, 4. Aufl.; 1914.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 3, 1903.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.
Reichsgerichtsrätekommentar 7. Aufl., 1929.
Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.
Schubert, H.: Breslauer Diss.: Die Bedeutung der Aufrechnungslage nach heutigem Reichsrecht, 1909.
Schwalbe: In Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 96, 1931.
Siber: Kompensation und Aufrechnung, ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts, 1899.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. 1, Allgem. Teil, 9. Aufl., 1925.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900.
— — Lehre vom Mißverständnis, 1910.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2, 1923.
Weigelin: Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, 1904.
Weismann: In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 26, 1899.
Zivilgesetze der Gegenwart, Frankreich, code civil, herausgegeben von Heinsheimer, Wolff, Kaden, Merk, Bd. 1, 1932.

# Inhaltsverzeichnis.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554410_0169

# A) Einleitung.

Immer wieder ist in der Rechtsprechung der Gerichte zu entscheiden, ob der in Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis Zahlende, einen Rückforderungsanspruch hat. Im Gegensatz zum gesunden Rechtsgefühl wird diesen Begehren bisher, der Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtes folgend, in der Praxis jeder Erfolg versagt. Man versichert dem unterlegenen Kläger sein verstehendes Mitgefühl: Es sei zwar richtig, daß er aufgerechnet haben würde, wenn er von der Aufrechnungsmöglichkeit als einem bereits zu seinem Vermögen gehörenden Wert Kenntnis gehabt hätte. Doch könne das Gezahlte nicht zurückgefordert und die Aufrechnungserklärung nicht mehr nachgeholt werden.

Von fast sämtlichen Schriftstellern, die sich mit dieser Frage beschäftigten, wird anerkannt, daß ein Weg gefunden werden müsse, der dem in Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis zahlenden Schuldner die Aufrechnung noch ermögliche. Man geht dabei von der zutreffenden Erwägung aus, daß das Recht einem Ergebnisse abzuhelfen habe, das bei Würdigung aller Umstände einem gesunden und lebensnahem Rechtsgefühl als unbillig erscheint.

Gleichwohl hat das Reichsgericht auch im 120. Bande, S. 280 jeden Rückforderungsanspruch verneint und die Nachholung der Aufrechnung abgelehnt. Diese Entscheidung gibt Veranlassung, zu dem in der Literatur verschiedentlich behandelten Problem nochmals Stellung zu nehmen und unter kritischer Würdigung aller bisher versuchten Lösungen einen gangbaren Weg zu einer befriedigenden Entscheidung zu suchen.

# B) Kann das in Unkenntnis von der Aufrechnungsbefugnis Geleistete nach § 812 BGB zurückgefordert werden?

## I. Durch bloße Nachholung der Aufrechnungserklärung?

### 1. Die Bedeutung des § 389 BGB.

Mit der Leistung des Geschuldeten ist die Schuld untergegangen, das Schuldverhältnis nach § 362 BGB[1] erloschen. Das auf Grund einer Verbindlichkeit Geleistete kann aber nach § 812 zurückverlangt werden, wenn die Leistung ohne rechtlichen Grund geschah.

Ausgangspunkt aller Erörterungen ist die Tatsache, daß dem Schuldner die Möglichkeit zur Aufrechnung gegeben war, eine „Aufrechnungslage" bestand, aus der die verschiedensten Folgerungen gezogen werden. Eine klare Stellungnahme zu der rechtlichen Natur der Aufrechnungslage, die im § 389 bezeichnet wird, ist zunächst notwendig.

§ 389 lautet: „Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind."

Die Bedeutung dieses Paragraphen ist in der Wissenschaft lebhaft umstritten.

Im römischen Recht galt der Satz, daß die Forderungen in dem Augenblicke, in dem sie sich aufrechenbar gegenübertreten, gehemmt werden (ipso iure compensatur).[2] Dieser Satz von der ipso iure compensatio ist später fälschlich dahin verstanden worden, daß die Forderungen mit der Kompensationsmöglichkeit sich bereits ipso iure aufheben.[3] Diese falsche Interpretation, die auf den Glossator Martinus zurückzuführen und lange Zeit die herrschende gewesen ist, drang im 17. Jahrhundert in Frankreich ein und ist dort Gesetz geworden.

Drei verschiedene Arten der Aufrechnung hat das französische Recht ausgebildet. Der Art. 1290 des code civil schreibt vor: „Die Aufrechnung

1) Die im Folgenden ohne Zusatz zitierten Paragraphen sind dem BGB entnommen.

2) Vgl. L. X, § 1 Dig. de compensationibus 16, 2.

3) Kipp zu Windscheid, a. a. O., Bd. II, S. 467, Anm. 10.

tritt von Rechts wegen ein, einzig kraft des Gesetzes, selbst ohne Wissen der Schuldner; die beiden Schulden erlöschen gegenseitig in dem Augenblicke, in dem sie gleichzeitig vorhanden sind, soweit sich ihre Beträge decken." [4] Dieser „compensation legal" kommt überwiegende Bedeutung besonders im Handelsverkehr zu. Sie wirkt ipso iure, ohne daß es einer besonderen Aufrechnungserklärung bedarf. Daneben kennt das französische Recht in Art. 1291 Abs. II code civil in beschränktem Umfange noch die Tilgungsmöglichkeit ungleichartiger Forderungen durch eine vereinbarte Aufrechnung „compensation facultative". Die gerichtliche Aufrechnung „compensation judiciaire" hat im code civil selbst keinen Ausdruck gefunden. Nach heutiger französischer Lehre ist die Aufrechnung, wie sie im code civil niedergelegt ist, nur eine besondere abgekürzte Art der Erfüllung.

Erst die spätere Lehrmeinung, von dem Glossator Azo zuerst geäußert, von Accursius, Krug, Unterholzer, Vangerow u. a. im gemeinen Recht vertreten, zeigte, daß die Aufrechnungsmöglichkeit nicht ipso iure die Forderungen tilgt, daß vielmehr die Aufrechnung geltend gemacht werden muß, dann aber der Erklärung rückwirkende Kraft beizulegen ist.

### a) Darstellung der verschiedenen Theorien.

In dem Streite stehen sich hinsichtlich unseres bürgerlichen Rechts in der Hauptsache zwei Theorien gegenüber: Die Pendenztheorie und Fiktionstheorie, von denen die erstere in die Theorie der bedingten Selbstaufhebung (Bedingungstheorie) und die Lähmungstheorie zerfällt. Die Anhänger der Bedingungstheorie [5] behaupten, daß durch das Gegenüberstehen zweier aufrechenbarer Forderungen, durch die Aufrechnungslage, selbständige Wirkungen auf die Forderungen in der Art entstehen, daß sie bereits suspensiv getilgt werden, und zwar bedingt durch die von einer Partei vorzunehmende Aufrechnungserklärung, den „Aufrechnungsvollzug".

Wenn Enneccerus auch nicht bestreitet, daß die Tilgung der Forderungen nur im Falle einer hierauf gerichteten Willenserklärung eintreten soll, so glaubt er dennoch, um dem Bedürfnis des Lebens gerecht zu werden, das schon ein Erlöschen der Forderungen in der Aufrechnungslage erfordert, einen Schwebezustand annehmen zu müssen, der durch das Gegenübertreten der Forderungen entstehe.[6] „Während dieses Schwebezustandes werden zwar die Forderungen zunächst als fortbestehend betrachtet, aber doch so, daß

4) Vgl. auch zum Folgenden die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I S. 404 zu Art. 1290.

5) Vgl. Enneccerus, a. a. O., 10. Bearb., § 294 II, Liebknecht, a. a. O., S. 108 ff.; nahestehend Dernburg, a. a. O., § 127; v. Mayr, a. a. O., S. 461.

6) Enneccerus, a. a. O., 10. Bearb., § 294 II.

sie, falls die Aufrechnungserklärung erfolgt, schon vom Beginn der Aufrechenbarkeit an als aufgehoben gelten."

Daraus gewinnt Enneccerus die Schlußfolgerung, daß „die Erklärung nur als aufklärend betrachtet wird" und zeige, daß sich die beiden Forderungen schon damals als sie sich zuerst einander aufrechenbar gegenübertraten, gegenseitig aufgehoben haben. Die nur deklaratorische Aufrechnungserklärung kann dann, wie Enneccerus[7] zu erkennen gibt, unabhängig davon, ob alle Voraussetzungen für die Aufrechnung im Augenblick der Erklärung vorliegen, jederzeit vollzogen werden.

Diese Auffassung von der Bedeutung der im § 389 gegebenen Rückwirkung führt dann auch folgerichtig dazu, daß der Schuldner, der in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes an den Gläubiger gezahlt hat, „sich durch die Aufrechnungserklärung nachträglich in die Lage versetzen kann, eine Nichtschuld gezahlt zu haben"[8] und so das Geleistete zurückverlangen kann. § 812.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Liebknecht.[9] Da die Forderungen sich einst kompensabel gegenüberstanden, sei bereits kompensiert, freilich nur potestativ bedingt. Auf diese Tatsache könne sich der Kompensant berufen, wodurch die Suspensivbedingung eintrete und die Aufrechnung vom Augenblick des Gegenüberstehens an perfekt sei.

Weniger scharf wird die Pendenztheorie von Crome[10], Endemann[11], Coban[12], Kohler[13], Weismann[14] u. a.[15] betont, die als Vertreter der Lähmungstheorie lehren, daß ein Kompensationsnexus, ein Vinkulierungszustand oder Aufrechnungsverhältnis die Forderungen mit dem Moment ihres Gegenübertretens nur schwäche, nicht bedingt tilge. Durch die Aufrechnungserklärung würden die Forderungen erst aufgehoben.

Mit dieser Anschauung berührt sich die Lehre von Philipp Heck, daß die Rechtsnormen durch Interessenwürdigung zu ergänzen seien. Nach ihm ist davon auszugehen, daß das Interesse des Schuldners schon mit dem Eintritt der Deckungslage Schutz erhalte und dieser Schutz in der „Befugnis" zur Aufrechnungserklärung zu sehen sei. Folgerungen zieht jedoch

7) Enneccerus, a. a. O., 10. Bearb. § 294 II, 2.
8) Vgl. Leonhard, a. a. O, S. 189, der dies nicht zulassen will.
9) a. a. O., S. 110.
10) Crome, a. a. O., S. 299.
11) Endemann, a. a. O., S. 824.
12) Coban, a. a. O., S. 43.
13) Kohler, a. a. O., S. 35.
14) Weismann, a. a. O., S. 35 ff.
15) Nahestehend Oertmann, a. a. O., Vorbem. 5 zu § 387; auch Lehmann-Enneccerus, a. a. O., wie S. 260 zeigt, obwohl er von der Ansicht von Enneccerus in früheren Bearb. im Ergebnis abweicht.

Heck aus dieser Lehre hier nicht, denn für ihn handelt es sich an dieser Stelle nicht um ein Erkenntnisproblem, sondern nur um ein Problem der besten Formulierung.[16]

Dem gegenüber leugnen die Anhänger der Fiktionstheorie jeden Einfluß der Aufrechenbarkeit auf den Bestand der Forderungen. Erst mit der Aufrechnungserklärung trete die Rückwirkung ein, und zwar kraft besonderer positiver Vorschrift, so daß auch alle Voraussetzungen der Aufrechnung zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorliegen müssen. Diese Meinung wird von Cosack[17], Fr. Leonhard[18], Mathiahs[19], Neumann[20], Rehbein[21], Schollmeyer[22], dem Reichsgericht[23] u. a.[24] vertreten.

b) Kritische Würdigung.

Mit Recht weisen Fr. Leonhard, Goldmann-Lilienthal[25] und W. Meyer[26] auf den Wortlaut des Gesetzes hin, der an sich eine Auffassung, wie sie von der Bedingungstheorie vertreten wird, kaum zulassen dürfte. Es heißt im Gesetze: „Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen ... als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind."

Mit den Worten „Zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten" ist die Kompensationslage bezeichnet. Von dieser unterscheidet sich als etwas Gegensätzliches das Wort „Aufrechnung" am Anfang des Paragraphen dadurch, daß diese eine Wirkung ausübt. Sie „bewirkt" nämlich, daß die Forderungen als erloschen gelten. Sie sind also nicht schon erloschen, es wäre sonst eine Wirkung unnötig, sondern es soll jetzt erst so angesehen werden, es soll so „gelten", als ob sie bereits durch das Gegenübertreten erloschen wären. Damit ist aber gesagt, daß erst mit dem Eintritt und dem Wirken eines anderen Momentes, nämlich der Aufrechnungserklärung, als schon mit der Kompensationslage selbst, die Forderungen als erloschen anzusehen sind.

Aus der Reihenfolge der Paragraphen gewinnt man einen weiteren Anhaltspunkt. § 387 normiert die Voraussetzungen, § 388 den Auf-

16) Heck, a. a. O., S. 188.
17) Cosack, a. a. O., S. 471.
18) Fr. Leonhard, Schuldrecht, S. 629 u. Arch. S. 179.
19) Matthiahs, a. a. O., S. 242.
20) Neumann, a. a. O., S. 361.
21) Rehbein, a. a. O., S. 328.
22) Schollmeyer, a. a. O., S. 337.
23) RG. 7, 245; 53, 405; 120, 280.
24) Warneyer, a. a. O., S. 661; Cleffmann, a. a. O., S. 47; Lang, a. a. O., S. 40.
25) Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 427, Anm. 1.
26) Meyer, a. a. O., S. 22.

rechnungsvollzug und § 389 folgerichtig die durch den Vollzugsakt eingetretenen Wirkungen in der Form einer Fiktion.

Von einer bedingt eingetretenen Tilgung schon auf Grund der Kompensationslage sagt das Gesetz nichts.[27]

Wenn auch der Wortlaut alle Zweifel, auf die sich eine andere Meinung aufbauen konnte, nicht zu beseitigen vermag, so wird der Sinn des Paragraphen klar, wenn man erfährt, was der Gesetzgeber mit diesen Worten hat ausdrücken wollen. Die Motive[28] sagen wörtlich: „Vor erfolgter Aufrechnung stehen sich die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage völlig unberührt gegenüber."

Eine Einwirkung der Kompensationslage auf die Forderungen, wie sie von der Pendenztheorie behauptet wird, ist damit ausdrücklich zurückgewiesen. Allein um den wirtschaftlichen Wert der Aufrechnung zu sichern, wird mittels einer Fiktion der Aufrechnungserklärung rückwirkende Kraft beigelegt, da, um mit Landsberg[29] zu reden, man allgemein im Handel und Wandel gewohnt ist, daß die Aufrechnungserklärung als etwas Selbstverständliches vollzogen werden wird, man deshalb also nicht um Zinsen, Verzug- und Vertragsstrafe sich zu sorgen brauche. Der Pendenztheorie hat daher Fr. Leonhard[30] zutreffend die „Rechtsgeschäftstheorie" gegenübergestellt, da die Wirkungen der Aufrechnung auf einem einseitigen „Rechtsgeschäft", der Aufrechnungserklärung, beruhen.

Gegen die Annahme einer Tilgung der Forderungen unter der aufschiebenden Bedingung der nachfolgenden Aufrechnungserklärung läßt sich auch einwenden, daß nach § 158 die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemachten Wirkungen an den Eintritt der Bedingung geknüpft sind. Bis zum Bedingungseintritt ist die beabsichtigte Rechtswirkung noch nicht vorhanden. Es würde eine Verkennung des Wesens der Bedingung sein, wenn man dem Eintritt der Bedingung rein deklaratorische Bedeutung zuschreiben wollte, so daß mit dem Bedingungseintritt lediglich bereits früher eingetretene Folgen festgestellt würden. Die Aufrechnungserklärung ist im Sinne von § 158 nicht Bedingung der Tilgung der gegenseitigen Forderungen, sondern der Inhalt des Rechtsgeschäftes selbst.[31] Die in § 389 ausgesprochene Rückwirkung kann von der Pendenztheorie nicht

27) **Ebenso Goldmann-Lilienthal, a. a. O.,** S. 427; **Fr. Leonhard, Schuldrecht,** S. 630.
28) **Mot.** II, 107.
29) **Landsberg, a. a. O.,** S. 362.
30) **Schuldrecht,** S. 629.
31) **Rehbein, a. a. O.,** S. 347 **zu** III.

mit den Vorschriften über die Bedingung erklärt werden, denn die erfüllte Bedingung hat nach dem bürgerlichen Recht keine rückwirkende Kraft.[32]

Wenn man von einer rechtsgeschäftlichen Bedingung absieht, so sind doch die Forderungen wie Kipp[33] zutreffend ausführt, infolge der Ungewißheit, ob die Aufrechnungserklärung jemals eintreten wird, eben zur Zeit noch nicht getilgt. Es wird nur, wenn die Tilgung kommt, rückschauend alles so behandelt, als wäre sie schon zur Zeit des Beginnes der Aufrechnungsmöglichkeit eingetreten.

Zur Unterstützung der Pendenztheorie führt Enneccerus[34] die §§ 392 und 406 an. Nach § 392 kann gegen eine zur Zeit der ersten Aufrechenbarkeit noch nicht beschlagnahmte Forderung aufgerechnet werden, auch wenn sie jetzt beschlagnahmt ist. Und § 406 sagt, daß dem neuen Gläubiger gegenüber gegen eine zur Zeit der ersten Aufrechenbarkeit von dem alten Gläubiger noch nicht abgetretene Forderung aufgerechnet werden kann, wenn sie der alte Gläubiger später an den neuen Gläubiger abgetreten hat.

In diesen Vorschriften findet Enneccerus bestätigt, daß einmal die Voraussetzungen der Aufrechnung zur Zeit der Erklärung nicht vorzuliegen brauchen, da es ja im § 406 an der Gegenseitigkeit fehle, zum andern zeige sich deutlich die Wirkung der Aufrechnungslage auf die Forderungen.

Demgegenüber wäre einzuwenden, daß durch eine Sonderregelung der Aufrechnung in einzelnen §§ der Gesetzgeber das allgemeine Prinzip durchbrechen, also Ausnahmen schaffen wollte. Der Grund hierfür ist in den Billigkeitserwägungen zu finden, die den §§ 392 und 406 zugrundeliegen. Die Aufrechnungsbefugnis ist dem Schuldner nämlich nur gegeben, wenn er die Forderung im § 392 vor der Beschlagnahme erworben hatte und in § 406 bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung keine Kenntnis hatte oder die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Es soll also der Schuldner in seinem Glauben an die zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestandene Aufrechnungslage geschützt werden, was überflüssig wäre, wenn sich die Forderungen sowieso schon bedingt getilgt hätten und die Aufrechnungserklärung jederzeit ohne Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzungen abgegeben werden kann.

---

32) Fr. Leonhard, Schuldrecht, S. 631.
33) Kipp zu Windscheid, a. a. O., S. 475.
34) Enneccerus, a. a. O., 10. Bearb., § 294 II, 1 c u. d.

Zutreffend weist Schubert[35] darauf hin, daß nach § 406 der Schuldner auch dann aufrechnen kann, wenn er seine Forderung zwar nach Abtretung der Gegenforderung aber in Unkenntnis von der Abtretung erworben habe. Hier bestand überhaupt keine Aufrechnungslage zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner, und dennoch kann der Schuldner durch eine Aufrechnungserklärung gegenüber dem neuen Gläubiger seine Schuld zum Erlöschen bringen.

§ 390 Satz 2 beseitigt für Liebknecht[36] alle Zweifel, die der Bedingungstheorie entgegenstehen könnten.

Satz 2: „Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war."

Er läßt sich nach Liebknecht auch durch keine Fiktion der Rückwirkung erklären. „Ist eine Forderung verjährt, so bleibt zwar noch eine Naturalobligation übrig, daß diese aber nicht das Kompensationsobjekt bildet, ergibt das Kriterium, daß sich die beiden Forderungen zu einer Zeit, wo die zur Kompensation zu benutzende Forderung noch nicht verjährt war, kompensabel gegenübergestanden haben müssen. Es sei daher bereits kompensiert (freilich nur potestativ bedingt), weil die Forderung einst der anderen kompensabel gegenüberstand."

Aber gerade für die hier vertretene Meinung spricht dieser Paragraph. Ist doch in ihm anerkannt, daß die aufrechenbaren Forderungen zur Aufrechnung ungeeignet werden können, da eine in der Kompensationslage sich befindende Forderung, die doch nach Liebknecht schon kompensiert sei, verjähren kann.[37] Denn gemäß § 222 ist der Verpflichtete nach Vollendung der Verjährung berechtigt, die Leistung zu verweigern. Jedoch hat der Gesetzgeber hier eine Aufrechnung zugelassen, die ohne diese Ausnahmebestimmung nicht möglich wäre. Die Vorschrift des § 390 Satz 2 erklärt sich aus dem Gedanken, daß nur ein säumiger Gläubiger durch die Verjährung betroffen werden soll und dieser Vorwurf entfällt, wenn er sich auf seine Aufrechnungsbefugnis verlassen und sie aus diesem Grunde nicht geltend gemacht hat.[38]

Auch § 357 wird von den Anhängern der Bedingungstheorie angeführt.[39] Man kann aber auch hier den Vertretern dieser Theorie nachweisen, daß ihre Annahme von der Einwirkung der Aufrechnungslage auf die

35) Schubert, a. a. O., S. 15.
36) Liebknecht, S. 109.
37) Vgl. auch Meyer, a. a. O., S. 23.
38) Fr. Leonhard, Schuldrecht, S. 632.
39) Enneccerus, a. a. O., 10. Bearb., § 294 Anm. 3 c.

Forderungen in dem Gesetze keine Stütze findet. Betrachten wir den Wortlaut des § 357:

„Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt."

Aus dem Wortlaut des § 357 geht hervor, daß der ursprünglich wirksame Rücktritt erst durch die Aufrechnungserklärung rückwärts, also nur mit Hilfe einer Fiktion, unwirksam wird.[40] Auch hier ist anerkannt, daß die Aufrechnungslage die Forderungen nicht bedingt tilgt, da es vielmehr einer positiven Vorschrift[41] bedarf, um die bereits zerstörte Aufrechnungslage wieder herzustellen. Hinzu kommt, daß das Gesetz den vertragsmäßig vorbehaltenen und erfolgten Rücktritt aber nur dann für unwirksam erklärt, wenn die Aufrechnungserklärung „unverzüglich" nach dem Rücktritt abgegeben wird. Im Falle eines schuldhaften Zögerns würde die Vorschrift keine Anwendung finden können, der Rücktritt wäre unwirksam und die Aufrechnungslage zerstört, da nach § 346 die Parteien verpflichtet sind, nach einem erfolgten Rücktritt die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren, womit die sonst aufrechenbar gewesene Forderung entfällt.

Von der Schwächungstheorie[42] werden in der Hauptsache ebenfalls die §§ 357, 390, 392 und 406 angeführt, um die im § 389 gegebene Rückwirkung erklären zu können. Man wird sich indessen zur Beantwortung der gestellten Frage im wesentlichen mit dem zur Bedingungstheorie Gesagten begnügen können, da dies für die Schwächungstheorie im gleichen Maße gilt. Der völlig unversehrte Bestand der Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung läßt auch die Annahme einer irgendwie gearteten rechtlichen Gebundenheit derselben nicht zu.

Der Sinn des § 396 unterstützt wesentlich die hier vertretene Auffassung von der Bedeutung des § 389. Man kann § 396 nur dann erklären, wenn man der Aufrechnungslage keinen Einfluß auf den Bestand der Forderungen zuschreibt.[43] Es ist dort gesagt, daß derjenige, der mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat, als der aufrechnende Teil bestimmen kann, welche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden

---

40) Siber, a. a. O., S. 132.
41) Schollmeyer, a. a. O., S. 357.
42) So von Endemann, a. a. O., S. 822; Kohler, a. a. O., S. 45; Landsberg a. a. O., S. 366; Weißmann, a. a. O., S. 35.
43) Vgl. Schubert, a. a. O., S. 10.

sollen. Nach der Pendenztheorie ist die Bestimmung **nicht zu erklären**, da die sich zuerst gegenübergetretenen Forderungen doch bedingt getilgt, oder zum mindesten gelähmt in einen die Forderungen (wie Kohler sagt) „affizierenden" Zustand getreten sind. Hier kann aber ganz offensichtlich der aufrechnende Teil, ohne sich darum zu kümmern, welche Forderungen sich eigentlich zuerst gegenübergetreten sind, bestimmen, und zwar in der Aufrechnungserklärung, welche Forderung von dem Aufrechnungsakte ergriffen werden soll. Es ist daher auch nicht Kohlers[44] Anschauung zu folgen, die im § 396 Satz 2 ihre Begründung gefunden haben soll.

Kohler führt aus: „Bestehen auf der einen Seite mehrere Forderungen, so darf die Aufrechnung nicht im Widerspruche stehen mit einem Winkulierungsverhältnisse, das in dem Momente bereits bestand, als für die zweite Forderung die Aufrechnungssituation entstanden war."

Rechnet der eine Teil mit einer später entstandenen Forderung auf, womit die ältere Forderung also weiter bestehen bleiben würde, so hat der andere Teil ein Widerspruchsrecht. Es tritt nunmehr eine gesetzlich bestimmte Reihenfolge ein, in der die Forderungen aufgerechnet werden. § 396 verweist auf § 366, der die Reihenfolge bezeichnet.

Diese Verweisung soll indes nach Kohler das Prinzip zum Ausdruck bringen, daß die Aufrechnung nur bezüglich derjenigen Forderung geschehen kann, für die früher die Aufrechnungssituation eingetreten ist.

Nun bestimmt aber § 366 die Reihenfolge in der Weise, daß zuerst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen die mit geringerer Sicherheit, so dann die lästigere und zuletzt die ältere Schuld getilgt bezw. in § 396 aufgerechnet werden soll. Eine Anordnung, die völlig von der von Kohler gewollten abweichen kann.

Die Berechtigung seiner Ansicht ergibt sich für Kohler aus der im § 389 konstatierten Rückwirkung. „Denn da die Kompensation auf den Moment des Entstehens der Aufrechnungssituation zurückwirkt, so kommt für die Frage der Fälligkeit und Nichtfälligkeit eben der Moment der Aufrechnungssituation in Betracht." Davon weiß aber § 396 nichts. Es ist sehr wohl denkbar, daß von mehreren fälligen Forderungen nicht diejenige, die nach Kohler als die ältere in die Kompensationslage eintreten müßte, die geringere Sicherheit bietet, sondern die später entstandene. Dann muß aber nach § 396 in Verbindung mit § 366 Abs. II die aufgerechnet werden, welche die geringere Sicherheit bietet. Es ist Binder[45] zuzustimmen, wenn er zu § 396 sagt: „Die schrankenlose Durchführung

44) Kohler, a. a. O., S. 45.
45) Vgl. Binder, a. a. O., S. 27.

der Pendenztheorie hätte vielmehr in dem Satze Ausdruck finden müssen, daß der Schuldner nur die älteste Forderung zur Aufrechnung verwenden kann."

### 2. Ergebnis.

Kann man daher mit der Fiktionstheorie aus der Aufrechnungslage keine Folgerungen für den Bestand der Forderungen ziehen, muß vor allem die Annahme einer schon mit der Aufrechenbarkeit eingetretenen bedingten Tilgung der Forderungen abgelehnt werden, so ergibt sich mit Notwendigkeit, daß der Aufrechnungserklärung keine nur deklaratorische Bedeutung zuzuschreiben ist.

Auch von der Lähmungstheorie [46] wird anerkannt, daß allein die Aufrechnungserklärung aufrechenbare Forderungen zu tilgen vermag, da sie ein der Aufrechnungslage gleichwertiges Tatbestandsmerkmal sei.

Keinesfalls kann also eine bedingte Tilgung der Forderungen zur Zeit ihres aufrechenbaren Gegenüberstehens Platz greifen.

Damit muß aber die Möglichkeit einer einfachen Nachholung der Aufrechnung verneint werden. Nach richtiger Anschauung müssen die Erfordernisse für eine gültige Aufrechnung zur Zeit der Abgabe der Erklärung vorliegen. Dazu gehört aber nach § 387 vor allem die ungeschwächte Existenz der Forderungen, mit denen aufgerechnet werden soll.[47]

Durch die Zahlung einer aufrechenbaren Forderung wird aber die Aufrechnungslage zerstört, was infolge der gegenseitigen Ungebundenheit der Forderungen jederzeit bis zur Erklärung der Fall sein kann. Der Aufrechnungserklärung wird durch Effektiverfüllung insoweit die notwendige Grundlage entzogen.[48]

## II. Anfechtung wegen Irrtums.

### 1. nach § 119, Abs. 1 BGB.

Es fragt sich ferner, ob nicht auf andere Weise die in Unkenntnis von der Aufrechnungsmöglichkeit bewirkte Leistung rückgängig gemacht werden kann, womit die Aufrechnungslage wieder hergestellt wäre und die Aufrechnungserklärung nunmehr mit Erfolg abgegeben werden könnte. Kann die Leistung nach § 119 Abs. 1 angefochten werden? Nach § 142 würde

46) Crome, a. a. O., S. 298; Endemann, a. a. O., S. 822; Weißmann, a. a. O., S. 17; RG, Jur. Woch. 1907, S. 742.
47) Vgl. u. a. Planck, S. 532; Schollmeyer. a. a. O., S. 338; Siber, a. a. O., S. 111.
48) vgl. Lang, a. a. O., S. 72.

im Falle einer erfolgten Anfechtung das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen sein, es wäre dann nicht geleistet und ein Rückforderungsanspruch nach § 812 gegeben.

Es bedarf also der Feststellung, ob man sagen kann, der in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit Zahlende habe sich in einem rechtlich erheblichen Irrtum darüber befunden, daß er annahm, seine Schuld nur durch Zahlung tilgen zu können. Er irrte durch Nichtwissen über die Befreiungsmöglichkeit mittels Aufrechnung. Nach § 119 Abs. 1 kann derjenige, der bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

Anfechtbar sind Willenserklärungen. Die Leistung lediglich als äußeres Geschehen ist als Tathandlung nicht anfechtbar. Zu einer Willenserklärung wird die Handlung erst, wenn ihr eine Erklärung innewohnt, die eine ausdrückliche oder stillschweigende sein und aus der auf einen Willen geschlossen werden kann. Beide Voraussetzungen für die Annahme einer Willenserklärung sind bei der Leistung gegeben. Wer, um seine Schuld zu tilgen, die geschuldete Leistung erbringt, hat den Rechtsfolgewillen, die zugrunde liegende Verbindlichkeit zum Erlöschen zu bringen und erklärt mit der Erbringung der Leistung diesen Willen.[49] Damit wird die Leistung zu einer Willenserklärung und unterliegt den Vorschriften der §§ 119 ff.

Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt aber nicht vor.[50] Der Schuldner wußte, daß er mit der Zahlung seine Schuld tilge und hat diesen Zahlungswillen zum Ausdruck gebracht. Er wollte auch seine Schuld tilgen und eine dahingehende Erklärung abgeben. Die Aufrechnung konnte nicht gewollt sein, da ihm die Befugnis hierzu unbekannt war. Ein Auseinandergehen von Wille und Erklärung ist nicht gegeben.

Die Leistung des Schuldners könnte nur dann angefochten werden, wenn ein Irrtum über die erstrebte Rechtsfolge vorläge.

In der Literatur ist die Frage, ob die Rechtsfolgen zum Inhalt der Erklärung gehören, umstritten und wird teils dahin beantwortet, daß sie grundsätzlich zur Erklärung gehören[51], teils wird der Irrtum über

49) Vgl. Manigk, Anwendungsgebiet S. 41 ff. Willenserklärung S. 405, 728. Siehe aber unten Näheres.
50) Vgl. RG. 75, 272.
51) Titze, Lehre vom Mißverständnis, S. 451, Anm. 9.
52) u. a. Rehbein, a. a. O., S. 138; früher das RG. 51, 283.

die Rechtsfolgen als Irrtum im Motiv für unbeachtlich erklärt und damit vom Inhalt der Erklärung ausgeschlossen.[52]

Diese letztere Anschauung übersieht, daß sich die Parteien in ihren Erklärungen immer nur mit den Rechtsfolgen beschäftigen. Mit Recht hat Manigk[53] darauf hingewiesen, daß es verfehlt ist, in dem Inhalt einer Willenserklärung nur faktische Angaben zu erblicken und die mit den Erklärungen beabsichtigten Rechtsfolgen von dem Inhalt der Willenserklärung zu sondern, so, als ob sie unabhängig vom Willen auf Grund des Gesetzes einträten. Bei der Schwierigkeit, eine treffende Formulierung des Inhalts einer Willenserklärung zu finden, wird man die von Manigk gegebene als am geglücktesten bezeichnen können, wenn er sagt: „daß der Inhalt einer Willenserklärung in Wahrheit ein antizipiertes Spiegelbild der der Erklärung entsprechend eintretenden Rechtsfolgen ist."[54]

Muß damit die Lehrmeinung, die den Rechtsfolgeirrtum als Irrtum im Motiv von der Anfechtung grundsätzlich ausschließt, als unrichtig abgelehnt werden, so kann doch auch nicht die Ansicht als zutreffend anerkannt werden, welche jede Rechtsfolge als zum Inhalt der Erklärung gehörend ansieht und den Irrtum über diese der Anfechtung nach § 119 unterwirft.[55]

Zum Inhalt einer Willenserklärung kann nur die Rechtsfolge gerechnet werden, welche dem Wesen einer Willenserklärung überhaupt entsprechend, von der Partei in ihrer Erklärung erstrebt wurde und ihrer Vorstellungswelt vorhanden war, ohne daß der Erklärende nun den juristischen Gehalt und die Wirkung in allen Konsequenzen zu kennen braucht. Es muß genügen, wenn die eingetretene Rechtsfolge sich im wesentlichen mit der von der Willenserklärung erstrebten deckt, damit zu ihrem Inhalt gerechnet wird und so bei etwaiger Divergenz der Anfechtung nach § 119 Abs. I unterliegt. Nach der Formulierung des Reichsgerichts[56], die mit der hier vertretenen Anschauung übereinstimmt, gehört zum Inhalt der Erklärung die durch die rechtsgeschäftliche Willenserklärung als erstrebt bezeichnete Rechtsfolge, wenn sie einen Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes bildet. „Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt also vor, wenn infolge Verkennung und Unkenntnis seiner rechtlichen Bedeutung ein Rechtsgeschäft erklärt ist, das nicht die mit seiner Vornahme erstrebte, sondern eine wesentlich verschiedene Rechtswirkung, die nicht gewollt ist, hervorbringt."

---

53) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 117.
54) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 117.
55) So Titze, Lehre vom Mißverständnis, S. 451.
56) RG. 88, 284; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 118.

Auf den vorliegenden Fall angewandt: Der Schuldner wollte mit der Zahlung seine Schuld tilgen. Er erstrebte den Tilgungserfolg. Es ist zu prüfen, ob dieser erstrebte Erfolg der Erfüllung einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes bildet.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Erfüllung ist umstritten. Nach Lehmann[57], Oertmann[58] u. a.[59] ist die Erfüllung nichts weiter als die Verwirklichung der schuldnerischen Gebotsnorm, ein realer Vorgang der Zweckerledigung. Nach anderer und richtiger Ansicht[60] ist die Erfüllung ein Rechtsgeschäft. Zu weitgehend ist die Meinung derjenigen[61], welche in der Erfüllung sogar einen Vertrag sehen, denn ob eine Handlung „Erfüllung" sein soll oder nicht, hängt allein von dem Willen des Schuldners ab (§ 362). Dieser auf den Tilgungserfolg gerichtete Wille des Schuldners ist aber andererseits unerläßlich, um den Solutionseffekt, das Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeizuführen[62], womit die Erfüllung zum Rechtsgeschäft wird. Die Leistung des Schuldners als realer Vorgang läßt allein noch keine Deutung auf eine Erfüllungshandlung zu. Denn durch einen entgegenstehenden Willen könnte der Schuldner seiner Handlung die Erfüllungswirkung nehmen und dieselbe, dem Gläubiger geschuldete Leistung, auch zum Vorteile eines Dritten vorgenommen haben.[63] Die einseitige Bestimmung des Schuldners, daß die Schuld mit der Leistung getilgt werden soll, muß aber nach Treu und Glauben dann mit der Hingabe als erklärt angesehen werden, wenn sie nur als Tilgung eines einzelnen bestehenden Schuldverhältnisses aufzufassen ist. Ganz besonders trifft dies dann zu, wenn der Gläubiger zur Tilgung aufforderte und der Schuldner darauf leistete. Der Gläubiger kann nicht, hat er die Zahlung angenommen, wirksam erklären, daß er auf eine andere causa, etwa zur Schenkung, erwerben wollte, da der Schuldner ja nicht noch ausdrücklich der Zahlung die Bestimmung beigefügt habe, daß er mit ihr die Schuld zu tilgen beabsichtigte.

Es muß daher der mit der Leistung erstrebte rechtsgeschäftliche Erfolg: die Tilgung als Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes angesehen werden.

---

57) Enneccerus-Lehmann, Bd. II, 1930, 11. Bearb., § 60 I.
58) Oertmann, a. a. O., 5. Aufl. zu § 362, 5.
59) Heck, a. a. O., S. 169 ff.; Fr. Leonhard, Schuldrecht, S. 585 ff.
60) Manigk, Anwendungsgebiet, S. 40—46 und Willenserkl. u. Willensgesch., S. 405 u. 728.
61) Endemann, a. a. O., S. 795.
62) Manigk, vgl. Anm. 4 u. Staudinger, a. a. O., 7. u. 8. Aufl., S. 369.
63) Manigk, Anwendungsgebiet, S. 41.

Der Schuldner hatte in unserem Falle nicht die Absicht, sich der Aufrechnungsmöglichkeit durch seine Zahlung zu berauben. Er war in Unkenntnis über die Wirkung der Zahlung auf die Aufrechnungslage, die durch die Zahlung zerstört wurde. Dieser Irrtum über die Rechtswirkung ist aber kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung. Der Rechtsfolgeirrtum kann gemäß § 119 nur dann Beachtung finden, wenn durch ihn die als gewollt erklärte Rechtsfolge überhaupt nicht oder nicht in der durch die Erklärung bezweckten Weise erzielt wurde, so daß etwas anderes als das Gewollte eintrat. Damit wird auch der Standpunkt des Reichsgerichts[64] und der Wissenschaft[65] getroffen.

Hier ist aber der mit der rechtsgeschäftlichen Erklärung gewollte, durch die Zahlung vermittelte Erfolg eingetreten, die Schuld ist getilgt, das gewollte Rechtsgeschäft rechtsirrtumsfrei erklärt. Nur das Nichteintreten gewollter Rechtswirkungen vermag das Anfechtungsrecht wegen Irrtums zu begründen.[64]

Zum gleichen Ergebnis, wenn auch auf anfechtbarem Wege kommen sowohl Titze[66], der auf Grund seiner Lehre über den Begriff „Irrtum" hier die Annahme eines Irrtums ablehnt, als auch die Meinung, welche den Irrtum über die Rechtsfolgen für schlechterdings unbeachtlich erklärt.

Da nach dem Reichsgericht[67], Planck[68] und anderen die auf dem völligen Fehlen der entscheidenden Vorstellungen beruhende Unwissenheit dem Irrtum gleichsteht, so bleibt nur ein Irrtum im Beweggrund übrig.[69] Der Irrtum im Beweggrund beeinflußt zwar den Willen und führt zu einem Entschluß, der ohne den Irrtum nicht oder nicht so gefaßt wäre. Ein Irrtum im Beweggrund ist aber nach § 119 nicht anfechtbar, er sei denn ein „Motivirrtum" in Bezug auf wesentliche Eigenschaften der Person oder Sache.

## 2. Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB.

Es ist zu untersuchen, ob vielleicht mit der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 zu helfen ist. Kann man sagen, daß der in Unkenntnis von der Aufrechnungsmöglichkeit zahlende Schuldner sich im Irrtum über eine „wesentliche Eigenschaft der getilgten Forderung"[70] befand, deren Kennt-

64) RG. 88, 284.
65) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 145 ff.
66) Titze, Lehre vom Mißverständnis, S. 444.
67) RG. 62, 203; „das Gesetz macht keinen Unterschied, ob der Mangel, der den Irrtum hervorruft, in einer Verfälschung oder in einem gänzlichen Fehlen der entscheidenden Vorstellung besteht."
68) Planck, a. a. O., Bd. I, 280.
69) a. M. Titze, Lehre vom Mißverständnis, S. 445.
70) Schwalbe, a. a. O., S. 337.

nis ihm die Aufrechnung ermöglicht hätte und führt diese Annahme zum Ziel?

Nach § 119 Abs. 2 gilt als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

Streit herrscht darüber, ob unter dem Begriff „Sache" nur körperliche Gegenstände (§ 90) zu verstehen sind oder auch Rechte. Mit guten Gründen hat sich die überwiegende Lehrmeinung [71] zu der letzteren Auffassung bekannt. Das Reichsgericht läßt eine klare Stellungnahme in einheitlicher Rechtsprechung noch nicht erkennen, scheint sich aber nunmehr nach der im 103. Bande, S. 22 mitgeteilten Entscheidung dem von der Wissenschaft in Analogie vertretenen Standpunkt anschließen zu wollen, der im § 119 II unter „Sache" als dem Erklärungsgegenstand auch Rechte versteht. In der Tat ist auch nicht einzusehen, wie Oegg [72] richtig hervorhebt, „weshalb derjenige, der ein Recht, eine Hypothek kauft, hinsichtlich des Anfechtungsrechtes schlechter gestellt sein soll als derjenige, der eine Sache kauft, zumal er auch schon des Wandlungsrechtes aus § 459 ermangelt." Hinzukommt, daß, wie Schwalbe [73] jüngst nachgewiesen hat, es sich bei der Fassung des Begriffes in § 90 mit hoher Wahrscheinlichkeit lediglich um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt, da die preußischen Juristen der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 81, I, 4 A.L.R. folgend unter „Sache" auch Rechte verstanden und eine genauere Formulierung nicht für notwendig gehalten wurde.

Eine richtige Auslegung des Gesetzes muß daher unter dem Begriff „Sache" auch „Rechte" verstehen, demgegenüber das Argument, daß es sich in § 119 Abs. 2 um eine Ausnahmevorschrift handele, nicht als stichhaltig anerkannt werden kann, womit auch dem Lebensbedürfnis Genüge getan wird.

Daß der Begriff „Eigenschaft" sich sowohl auf tatsächliche als auf rechtliche Verhältnisse beziehen kann, und man demgemäß auch von der Eigenschaft einer Forderung, eines Rechtes sprechen kann, ist allgemein anerkannt und steht außer Zweifel.[74]

Man kann also davon ausgehen, daß der § 119 Abs. 2 insoweit keine Schwierigkeiten bereitet.

---

71) Hoeniger, a. a. O., S. 262; Loewenwarter, a. a. O., S. 113; Planck, a. a. O., zu § 119, 6 c; R. G. R. Komm. 7. Aufl. zu § 119/5, 3. Abs.; Staudinger, a. a. O., 9. Aufl. zu § 119 III B. I.

72) in R. G. R. Komm. 7. Aufl. zu § 119/5, 3. Abs.

73) a. a. O., S. 339; vgl. auch Heilborn, a. a. O. S. 805.

74) R. G. R. Komm. zu § 119, 5; Planck a. a. O., zu § 119, IV, 6, c d.

Das erste Bedenken für die Zulässigkeit einer Anfechtung aus § 119 Abs. 2 erhebt sich jedoch bei der Frage über welche Eigenschaft und welchen Rechtsverhältnisses sich der zahlende Schuldner im Irrtum befand. Schwalbe [75] hat die eine Verwertungsmöglichkeit enthaltende Aufrechnungslage, Weigelin [76] folgend, als einen dem Pfandrecht gleichen Vermögenswert angesehen, der zu den Eigenschaften der getilgten Schuld gehöre. Er will also das bislang zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger bestehende Schuldverhältnis, z. B. aus Kauf, als ein solches ansehen, das ein pfandrechtsähnliches Forderungsrecht enthält, eine Eigenschaft, die mit der Aufrechnungslage entstand und die Forderung aus dem Schuldverhältnis erfaßte. Der Irrtum über die Eigenschaft des nunmehr so gestalteten Schuldverhältnisses, welches als „Eigenschaft" ein pfandrechtsähnliches Forderungsrecht enthält, soll zur Anfechtung nach § 119 Abs. II berechtigen.

§ 119 Abs. II läßt aber nun eine Anfechtung nur dann zu, wenn der Erklärende über eine Eigenschaft seines „Erklärungsgegenstandes", des „Geschäftsgegenstandes" im Irrtum war.[77] Daß hier nur der Irrtum über eine Eigenschaft des Gegenstandes, auf den sich die Willenserklärung richtet, anfechtbar ist, geht sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst hervor, der den Abs. 2 als eine fiktive Erweiterung zu Abs. 1 auffassen läßt, was mit den Worten: „Zum Inhalt der Erklärung gehört auch" ausgedrückt wird, als auch aus der Ueberlegung, welche die irrtümliche Willenserklärung über eine „Eigenschaft" notwendig mit einem Erklärungsgegenstand verbinden muß.

Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte. Der Abs. 2 des § 119 verdankt seine Entstehung der zweiten Kommission. Drei Anträge standen hier zur Beratung, von denen der erste Antrag lautete: „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung von einer irrtümlichen Voraussetzung über eine Eigenschaft der Person, welcher gegenüber die Willenserklärung abzugeben ist, oder des Gegenstandes, auf welchem sich die letztere bezieht, ausgegangen ist, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß . . ." [78]

Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil er in weiterem Verfolg noch die Erkennbarkeit des Irrtums für den anderen Teil forderte. Im übrigen aber, soweit der Irrtum über eine Eigenschaft des Erklärungsgegenstandes anfechtbar sein sollte, lassen sowohl die Beratung als auch der schließlich an-

75) Schwalbe, a. a. O., S. 337, 338.
76) Weigelin, a. a. O., S. 172.
77) Damit wird der Motivirrtum als erheblich anerkannt, der den auf einen Erklärungsgegenstand gerichteten Willen beeinflußte.
78) Protokolle I, 114.

genommene dritte Antrag erkennen, daß, wie der erste Antrag klar ausdrückte, nur der Irrtum über eine Eigenschaft des Gegenstandes auf „welchen sich die Willenserklärung bezieht" zur Anfechtung berechtige.

Auf welchen Geschäftsgegenstand bezog sich nun die Erklärung des zahlenden Schuldners und war er bei Abgabe seiner Willenserklärung über eine Eigenschaft eben dieses Geschäftsgegenstandes im Irrtum, so daß er mit Erfolg anfechten kann?

Ein Beispiel, welches den Irrtum über die Eigenschaft eines Rechtes zeigt, das Erklärungsgegenstand ist, mag zur Veranschaulichung dienen. A. will eine Hypothek erwerben. Seine Willenserklärung, die zum Zustandekommen des obligatorischen Vertrages, Kauf, führte, ist auf das Hypothekenrecht gerichtet. A. ist der Meinung, daß diese Hypothek sicher sei, während sie in Wahrheit wertlos ist, weil das belastete Grundstück mit Schwamm behaftet ist. Er irrt über die Sicherungsfähigkeit der dinglichen Belastung, über eine Eigenschaft des Hypothekenrechts. Oder A. glaubte die Hypothek sei alsbald kündbar, während sie erst nach 30 Jahren gekündigt werden kann. Er irrt über die Eigenschaft der Ablösbarkeit der Hypothek.

Hier kann A. nicht aus § 119 Abs. 1 anfechten, weil er sich über den Inhalt seiner Erklärung: ich will diese Hypothek erwerben, nicht im Irrtum befand. Sein Motivirrtum ist aber nach § 119 Abs. II als Irrtum über die Eigenschaft eines Rechtes beachtlich. Die Willenserklärung des A. richtet sich auf einen bestimmten Geschäftsgegenstand, eben auf die Hypothek und führt zu einem anfechtbaren obligatorischen Vertrage.

In unserem Falle handelt es sich um die Erfüllung eines bereits bestehenden obligatorischen Vertrages. Erklärungsgegenstand ist hier der dingliche Vertrag. Die Willenserklärung des seine Verbindlichkeit erfüllenden Schuldners richtet sich auf die Uebertragung des Eigentums des Geschuldeten an den Gläubiger und nimmt nur auf die der Leistung zugrundeliegende obligatorische Verbindlichkeit Bezug, wodurch der Erfüllungseffekt die Tilgungswirkung, herbeigeführt wird. Das obligatorische Verhältnis als solches ist nicht mehr Erklärungsgegenstand und ein Irrtum über eine „Eigenschaft" desselben kann nicht zur Anfechtung der Erfüllung aus § 119 Abs. II geltend gemacht werden. Ein Irrtum über eine Eigenschaft der Erfüllung liegt aber nicht vor. § 119 Abs. I und II scheiden aus.

Unrichtig wäre es, etwa aus den §§ 366 Abs. II und 367 schließen zu wollen, daß auch das obligatorische Verhältnis Erklärungsgegenstand des dinglichen Geschäftes sei, weil dort eine gesetzliche Bestimmung über die Reihenfolge der Schuldtilgung festgelegt wurde, wenn der Schuldner eine

solche Bestimmung unterlassen hat. Diese Vorschriften statten lediglich beim Vorliegen mehrerer Schuldverhältnisse die Leistung des Schuldners mit einer Tilgungswirkung aus, die sie mangels einer besonderen Bestimmung des Schuldners nicht haben würde. Damit wird vom Gesetz nur eine von dem dinglichen Geschäft ausgehende Bezugnahme ausgesprochen, nicht aber der obligatorische Vertrag zum Erklärungsgegenstand gemacht, wenn es sich um seine Erfüllung handelt.

Der zugrundeliegende obligatorische Vertrag kann vollends nicht in dem zur Beurteilung stehenden Fall aus § 119 Abs. 2 angefochten werden. Ein Irrtum über den Erklärungsgegenstand, etwa die gekaufte Sache, bestand nicht. Der Irrtum über das Schuldverhältnis, welches mit dem aufrechenbaren Gegenübertreten der Forderungen einen anderen erweiten Inhalt bekam, nämlich die Befreiungsmöglichkeit durch Zahlung oder Aufrechnung, ist ein Irrtum über eine Rechtsfolge, die außerhalb des Inhaltes des Erfüllungstatbestandes steht. Die Rechtsfolge der Erfüllung berechtigt, weil sie als gewollt erklärt wurde, nicht zur Anfechtung, wenn der Leistende über die Aufrechnungsmöglichkeit in Unkenntnis war.

Das Ergebnis einer Anfechtung des obligatorischen Vertrages wäre nicht in Einklang zu bringen mit den Behauptungen des Schuldners, der ja keineswegs bestreitet und bestreiten kann, das Geleistete zu schulden. Eine Anfechtung würde aber das obligatorische Verhältnis vernichten, das doch zwecks nachzuholender Aufrechnungserklärung gerade erhalten bleiben soll. Denn nach § 142 wäre das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen.

Man muß daher zu dem Ergebnis kommen, daß auch eine Anfechtung aus § 119 Abs. 2 nicht gegeben ist.

### 3. Liegt in der Leistung ein Verzicht auf die Aufrechnung und kann dieser nach § 119 Abs. 1 angefochten werden?

Weigelin hat eine Lösung vorgeschlagen, die zu § 119 noch der Erörterung bedarf. Weigelin[79] stellt die Frage, welche Rechtslage gegeben sei, wenn der Aufrechnungsberechtigte in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes, insbesondere in Unkenntnis seiner Forderung seine Schuld bezahlt hat. Er gibt folgende Antwort:

„In diesem Falle liegt zwar nicht auf der Willensseite, wohl aber der äußeren Erscheinung nach ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht vor, und daraus folgt, daß dieser Verzicht wegen Irrtums gemäß § 119 angefochten werden kann, wenn anzunehmen ist, daß er bei Kenntnis der Sachlage

79) Weigelin, a. a. O., S. 172.

und bei verständiger Würdigung des Falles nicht erklärt worden wäre. Kann hiernach der Zahlende den in seiner Zahlung liegenden Verzicht anfechten, so hat dies zunächst die Wirkung, daß dieser Verzicht als von Anfang an nichtig anzusehen ist. § 142. Da sich jedoch der Verzicht von der ihn einschließenden Zahlung nicht trennen läßt, so ist auch die Zahlung selbst als nichtig anzusehen (§ 139). Daraus ergibt sich, daß der Gegner das Bezahlte ohne rechtlichen Grund erlangt hat und dem Zahlenden zur Herausgabe verpflichtet ist."

Ein Verzicht ist ein in bestimmter Richtung erklärter Wille. Wo die Voraussetzungen zu einer Willensbildung nicht vorliegen, kann ein Verzicht nicht gegeben sein. Weigelin sagt, daß zwar auf der Willensseite ein Verzicht nicht vorliege, wohl aber ein Verzicht auf die Aufrechnung der äußeren Erscheinung nach. Die äußere Erscheinung allein genügt aber nicht, um ein Anfechtungsrecht zu begründen. Bedeutung gewinnt ein Geschehen als Willenserklärung erst dann, wenn mit ihm der Ausdruck eines Rechtsfolgewillens bezweckt war.[80] Erklärungshaftung tritt freilich schon ein, wenn der Empfänger der Erklärung nach Treu und Glauben zum Rückschluß auf einen Rechtsfolgewillen des Handelnden berechtigt ist.[81] Dabei ist die Interessenwürdigung maßgebend, die von einem im Verkehrsleben geforderten und begründeten Schutz des stillschweigend Erklärenden und des Erklärungsempfängers ausgeht. Für die Legalordnung ist nicht das Bewußtsein des Erklärenden allein entscheidend, vielmehr wird die legale Schutzwürdigkeit auch durch das gegnerische Interesse bedingt.[82]

So liegen auch die Fälle, in denen das Reichsgericht[83] einen stillschweigenden Verzicht, z. B. auf die Ansprüche aus § 906 annimmt[84], wenn nämlich der Verkäufer einen Teil seines Grundbesitzes veräußert, der Käufer auf dem erworbenen Grundstück einen Betrieb errichtet, der dem Restgrundstück des Verkäufers nachteilig ist, der Verkäufer aber in Kenntnis dieser Absicht des Käufers den Vertrag abgeschlossen hat.

Da der Verkäufer wußte, daß ein Betrieb errichtet werden sollte, der ihm nachteilig sein würde, war aus seinem Verhalten der Schluß auf einen Verzicht nach Treu und Glauben gerechtfertigt. Ein Verzicht auf die Rechte aus § 906 wäre aber keineswegs stillschweigend erklärt, wenn der Verkäufer von der Errichtung eines Betriebes, dessen Gase, Dämpfe etc. sein Restgrundstück belästigen könnten, nichts wußte.

---

80) Manigk, Willenserklärung u. Willensgesch., S. 175 ff.
81) Manigk in Iherings J. 83, 87; Irrtum und Auslegung, S. 242 ff.
82) Manigk in Iherings J. 83, 106.
83) RG. 29, 118; 38, 116; in Jur. Woch. 1902, 69.
84) RG. 66, 127.

Wie hier liegt der Fall, wenn die Zahlung geschah, ohne daß dem Zahlenden das Recht bekannt war, eine Aufrechnung vornehmen zu können.

Etwas anderes wäre es, wenn der Schuldner z. B. vor kurzer Zeit seine Gegenforderung gekündigt hätte und darauf seine aufrechenbare Leistung erbringen würde. Alsdann darf der Gegner aus der Leistung nach Treu und Glauben schließen, daß der Schuldner auf eine Aufrechnung verzichtet. Dies selbst dann, wenn der Schuldner tatsächlich keinen Verzichtswillen hatte. Die Frage, ob eine Erklärung an den Gegner erfolgt ist, wird von dem Gesichtspunkt der Zurechenbarkeit verkehrsmäßigen Verhaltens beherrscht.[85] Wo indessen eine solche Zurechenbarkeit nicht gegeben ist, fehlt es auch an einer stillschweigenden Willenserklärung.

In der Zahlung allein liegt jedoch kein Verhalten, das für den Gegner den Erklärungswert eines Verzichtes auf Aufrechnung hat. Verzicht auf Aufrechnung kann nach Treu und Glauben nur dann angenommen werden, wenn der Handelnde sein Aufrechnungsrecht kannte. Damit fehlt es an einer auf einen Aufrechnungsverzicht gerichteten Willenserklärung.

Auch der in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 85, S. 326; 105, 406 aufgestellte Grundsatz über den Motivirrtum kann nicht, wie Schwalbe[86] meint, zu einer Anfechtung nach § 119 Abs. 1 führen. Dort wird der Irrtum im Motiv nach § 119 Abs. 1 nur dann als zur Anfechtung berechtigend zugelassen, „wenn der Beweggrund nicht nur dem Geschäftsgegner mitgeteilt, sondern mit zum Gegenstande der entscheidenden Verhandlungen gemacht worden ist und in der Erklärung einen Ausdruck gefunden hat".[87] Dabei geht das Reichsgericht in den dort behandelten Fällen davon aus, daß der Erklärende Vorstellungen hatte, und in seiner Erklärung zum Ausdruck brachte, die einen ihm positiv bekannten Umstand betrafen, der aber in Wahrheit anders als vorgestellt gestaltet war.

Bei der Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit fehlt aber gerade die Vorstellung von der Aufrechnung, und damit entfällt auch der Irrtum. Wo ein „Nichtwissen" nicht zu v e r g l e i c h e n d e n Vorstellungen führt, so daß zwischen dem ins Kalkül gezogenen Nichtwissen und dem Erklärten keine Divergenz entstehen kann, kann es keinen Irrtum geben. „Wer über den Inhalt materiell nichts denkt, kann auch nicht über ihn irren"[88], „wie auch die Berufung auf einen Irrtum immer den Einwand abweichender innerer Vorstellungen enthält".

85) Manigk in Iherings J. 83, 78 ff.
86) Schwalbe, a. a. O., 340.
87) RG. 85, 326; und ebenso 105, 407.
88) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 140, 142.

Nun ist es richtig, daß man als stillschweigende Willenserklärung auch dasjenige anzusehen hat und daher zum Inhalt der Erklärung rechnen muß, was mit dem ausdrücklich Gesagten logisch notwendigerweise zusammenhängt.[89] So würde in der Zahlung logisch eine Anerkennung der Schuld zu sehen sein. In der Zahlung aber einen Verzicht auf die Aufrechnungsbefugnis zu sehen, ist nicht logisch zwingend.

Es ist daher unrichtig, wenn W. Meyer[90] sagt, daß „bei dem Schuldner, der in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes leistet, ein Irrtum über den seiner Leistungshandlung gegenüber dem Gegner innewohnenden Erklärungswert vorläge", weil er mit dieser Handlung einen Verzicht auf die Aufrechnung ausgesprochen hätte. Bemerkenswert ist an diesem Satz, daß Meyer den Irrtum über den Erklärungswert gegenüber dem Gegner hervorhebt und anschließend fortfährt, daß „der Gegner mit Rücksicht auf das Bestehen der Gegenforderung in der Leistung des Schuldners dessen Verzicht auf die Aufrechnung erblicken durfte". Damit läßt er aber die Vorstellung des Empfängers der Willenserklärung maßgebend sein und mißt ebenso wie Weigelin der äußeren Erscheinung, die noch keineswegs als Verzicht aufgefaßt werden muß, eine Bedeutung bei, die über das Verkehrsmäßige weit hinausgeht und durch Treu und Glauben nicht gerechtfertigt ist.

Die Annahme eines in der äußeren Erscheinung der Zahlung liegenden Verzichtes ist somit ebensowenig wie die Annahme einer stillschweigenden Verzichtserklärung gerechtfertigt. Für einen Schluß auf den Verzicht fehlen alle Anhaltspunkte, die aus der Zahlung entnommen werden müssen.

Damit entfällt eine Anfechtung des Verzichtes.

## III. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB.

Auch ein Anfechtungsrecht aus § 123 läßt sich nicht begründen.

Man könnte eine arglistige Täuschung, die hier nur in Frage kommt, vielleicht darin sehen, daß der Gläubiger vom Schuldner Zahlung verlangte und absichtlich den Schuldner über seine Befugnis zur Aufrechnung nicht aufklärte. Aber selbst wenn dem Gläubiger die Aufrechnungsmöglichkeit bekannt gewesen wäre, so brauchte er doch nicht den Schuldner über seine Aufrechnungsbefugnis aufzuklären, da er ein Recht auf Zahlung hatte. Er selbst würde seinen Anspruch auf Barzahlung der Gefahr der Vernichtung aussetzen, wollte man von ihm verlangen, daß er seinen Gegner

89) Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 128.
90) W. Meyer, a. a. O., S. 46;

auf die Aufrechnungsmöglichkeit aufmerksam mache. Die Annahme einer arglistigen Täuschung ist dann grundlos, wenn die Handlung, die eine arglistige Täuschung enthalten könnte, rechtmäßig war.[91]

## IV. Vergleich von Anfechtung und Aufrechnung.

Durch eine vergleichsweise Gegenüberstellung von Anfechtung und Aufrechnung hat Kipp[92] versucht, das Problem zu lösen. Er geht von der Anfechtung wegen Irrtums aus, die trotz der Tilgung einer anfechtbaren Forderung noch erklärt werden könne, wodurch rückwirkend der geschehenen Leistung die causa entzogen würde. „So würde auch an und für sich nichts dagegen sprechen", folgert Kipp, daß nach der Tilgung der Forderung durch Leistung auch die rückwirkende Tilgung durch Aufrechnungserklärung noch bewirkt und hierdurch die Leistung des Rechtsgrundes beraubt werde. Man könne sagen, daß derjenige, welcher dem anderen Teil in Unkenntnis der Möglichkeit, sich durch Aufrechnung zu befreien, geleistet habe, in der Tat dem Gegner einen Vermögensvorteil zugeführt habe, auf welchen derselbe in dieser Gestalt keinen Anspruch hatte, daß daher die Möglichkeit bestehen müsse, die ungerechtfertigte Bereicherung rückgängig zu machen. § 812.

Für eine nachträgliche Aufrechnungserklärung müssen jedoch notwendig die Voraussetzungen der Aufrechnung vorliegen. An diesen fehlt es. Auch wird man das Wesen der Anfechtung nicht mit dem der Aufrechnung vergleichen können. Die Anfechtung ist nur in Bezug auf ein schon vorhandenes Rechtsgeschäft denkbar, das mit einem Mangel behaftet ist und durch die Anfechtungserklärung rückwirkend vernichtet wird. Hingegen ist die Aufrechnung ein selbständiges Recht, das sich gegen die Schuld richtet und nicht zur Entstehung kommen kann, wenn diese selbst nicht besteht. Eine Anfechtung ist trotz der Erfüllung noch denkbar, aber eine Aufrechnung nicht mehr.[93]

Bestimmend war für Kipp der Billigkeitsgesichtspunkt, der ihn eine Lösung finden ließ.

## V. Billigkeitserwägungen über den „rechtlichen Grund" in § 812 Abs. 1 BGB.

So wird in der Wissenschaft[94] der Standpunkt vertreten, daß, wo die allgemeinen Regeln eine Güterverschiebung zwar als angemessen zulassen,

91) Richtig Cleffmann, a. a. O., S. 30.
92) Kipp zu Windscheid, a. a. O., S. 478.
93) Oertmann, a. a. O., S. 294.
94) Dernburg, a. a. O., Bd. 2, 2. Abt. § 374, IV.

diese aber dennoch hart und unbillig erscheinen, das Recht Veranlassung nehmen muß, in solchen Fällen einen Anspruch auf Ausgleichung zu geben. Eine Vermgöensverschiebung, die an und für sich der Rechtsnorm entspricht, im Verhältnis des Bereicherten und des Verlustträgers aber als Unrecht erscheint, sei ebenfalls „ohne rechtlichen Grund" erfolgt und könne nach § 812 rückgängig gemacht werden.

Aus rechtspolitischen Erwägungen schlägt hier Dernburg eine Lösung vor, die zu einer Rückforderung des in Unkenntnis von der Aufrechnungsmöglichkeit Geleisteten führen könnte.

Den Billigkeitserwägungen wird man sich nicht verschließen können. Die Unbilligkeit besteht in der durch entschuldbare Unkenntnis des einen Teils hervorgerufenen Vermögensverschiebung, die bei Kenntnis des Sachverhalts nicht erfolgt wäre.

Der Aufrechnungsberechtigte, der mehr Zinsen für seine Schuld bezahlt hat, als er für seine Forderung erhält, der eine Vertragsstrafe und Verzugszinsen entrichtet hat, oder gar nunmehr für seine Forderung nur mit einer Konkursdividende abgefunden wird, erleidet einen Vermögensverlust, der im Verhältnis des Bereicherten und des Verlustträgers als Unrecht erscheint.

Gleichwohl sind die Billigkeitsgründe vereinzelt nicht unwidersprochen geblieben. So sagt Crome[95]: „Ist es nicht unbillig, dem Gegner zu entziehen, was er bona fide als ihm wirklich geschuldet empfangen hat?"

Kann man auch dieser Auffassung eine gewisse Berechtigung nicht absprechen, so wird man aber doch bei einer Abwägung der auf beiden Seiten stehenden Interessen, sich den Schriftstellern anschließen müssen, die hier eine Unbilligkeit sehen.

Der Schlußfolgerung, die von Dernburg gezogen wird, daß eine derartige Vermögensverschiebung ohne rechtlichen Grund erfolgt sei, ist jedoch nicht zu folgen. Es ist richtig, daß hier der Anschauung des Richters freier Raum gelassen wird bei der Prüfung der Frage, ob die Vermögensverschiebung als Unrecht im Verhältnis der beiden Gegner erscheine. Und wenn man auch die Bedenken[96], die im Interesse einer gleichmäßigen Rechtsprechung gegen die Prüfung des Richters geäußert worden sind, nicht für durchschlagend anerkennen kann, so kann man sich doch dem Argument Oertmanns[97] nicht verschließen: „Ist schon an sich der leitende rechtspolitische Gedanke bei den Ansprüchen der §§ 812 ff. außerordentlich zweifel-

95) Crome, a. a. O., S. 300.
96) vgl. Meyer. a. a. O. S. 15.
97) vgl. Oertmann, a. a. O., Vorbem. zu § 812, 1 b.

haft, so muß es als unverständlich erscheinen, daß man etwas in rechtlich anerkannter Weise haben kann, wofür aber doch andererseits ‚der rechtliche Grund' fehlt."

## VI. Betrachtung der Aufrechnung als Wahlschuld.

Schließlich soll die Aufrechnung nach Lippmann[98] ein Recht sein, das wahlweise neben der Leistung geschuldet wird. Hat der Wahlberechtigte in Unkenntnis seines Wahlrechts geleistet, so kann er das Geleistete als nichtgeschuldet zurückfordern und die Wahl nachholen. Das gleiche Recht soll dem Aufrechnungsberechtigten zustehen. Einer Nachprüfung hält diese Auffassung aber nicht stand. Wer aufrechnungsberechtigt ist, schuldet nicht mehrere Leistungen, so daß er je nach Wahl nur die eine oder die andere zu bewirken hätte, sondern nur eine Leistung. Der Schuldner schuldet 1000.— RM und nicht daneben etwa beispielsweise ein Buch, durch dessen Leistung er sich befreien könnte. Er bleibt immer verpflichtet, den auf Geld gehenden Anspruch zu befriedigen. Die Aufrechnung ist nur ein Recht und keine auch nur wahlweise Pflicht des Schuldners.[99]

## VII. Bisheriges Ergebnis.

Die bisherigen Untersuchungen veranlassen nunmehr eine kurze Zusammenfassung. Es ergab sich:

1. Die Aufrechnungslage als solche hat auf den Bestand der zur Aufrechnung geeignet sich gegenübergetretenen Forderungen keinen Einfluß. Nach wie vor bestehen die Forderungen fort. Durch Tilgung einer der Forderungen mittels Zahlung entfällt die Aufrechnungsmöglichkeit, und die Aufrechnungserklärung kann nicht mehr ohne weiteres nachträglich erklärt werden.
2. Eine Rückforderung des in Unkenntnis von der Befreiungsmöglichkeit durch Aufrechnung Geleisteten mittels Anfechtung nach § 119 scheidet aus, da es an den Voraussetzungen hierfür fehlt.
3. Ein Verzicht kann in der Zahlung nicht gesehen werden, da es an einem auf die Aufrechnung gerichteten Willen überhaupt mangelt und auf diesen auch nicht nach Treu und Glauben von dem Erklärungsgegner geschlossen werden kann. Damit entfällt eine Anfechtung des Verzichts nach § 119.

---

98) Lippmann, a. a. O., S. 232.
99) Weigelin, a. a. O., S. 37.

4. § 123 ist nicht anwendbar, sofern die Entgegennahme der Zahlung seitens des Gläubigers rechtsgemäß ist und eine Arglist nicht vorliegt.
5. Durch einen Vergleich zwischen Anfechtung und Aufrechnung kommt man nicht zum Ziel, denn das Wesen der Aufrechnung widerspricht diesem Vergleich.
6. Auch die aus Billigkeitsrücksichten erwachsene Auffassung des § 812 kann nicht helfen, wenn man einen „rechtlichen Grund" für die Zahlung nicht zu leugnen vermag.
7. Und schließlich muß auch die Anschauung zurückgewiesen werden, die im Aufrechnungsverhältnis eine Wahlschuld erblickt; denn es wird nur e i n e Leistung geschuldet.

# C) Der Rückforderungsanspruch aus § 813 Abs. 1 BGB.

## I. Die Würdigung der Aufrechnungslage als facultas alternativa.

Würde man sich indessen bei diesem Ergebnis begnügen und die hier gestellte Frage in der Weise beantworten, daß eine Rückforderung des in Unkenntnis von der Aufrechnungsmöglichkeit Gezahlten und damit eine Nachholung der Aufrechnung nicht möglich sei, so würde man, wie es erscheinen will, der Aufrechnungslage nicht gerecht werden.

Es kann nicht geleugnet werden, daß mit dem Augenblick, in dem sich die Forderungen aufrechenbar gegenübertraten und so eine Aufrechnungslage entstand, die bisherige Lage eine bedeutsame Aenderung erfährt. Die Bedeutung der Aufrechnungslage kommt einmal in den §§ 770 Abs. 2 zum Ausdruck, wo diese nunmehr einen Dritten, den Bürgen, berechtigt, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange dieser sich durch Aufrechnung befriedigen kann und zum anderen dadurch, daß nunmehr jedem der beiden Schuldner die Möglichkeit entstand, seine Schuld in anderer Weise als durch Zahlung zu tilgen.

Mit Recht sagt daher H. Lehmann[100], daß es dem positiven Recht widerspreche, wenn man in der Aufrechnungslage nur einen zufälligen tatsächlichen Umstand sehen wollte. „Das Entstehen der Aufrechnungsbefugnis ist eine zweifelsfreie Rechtswirkung der Aufrechnungslage." Unrichtig ist es aber, wie nachgewiesen wurde, aus dieser Rechtswirkung der Aufrechnungslage Schlüsse auf die Existenz der Forderungen zu ziehen, was auch nicht durch Bezugnahme auf § 770 Abs. 2 geschehen kann. **Jedoch hat das Schuldverhältnis selbst mit der Aufrechnungslage einen anderen Inhalt bekommen.** Konnte der Schuldner seine Schuld bisher nur durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes tilgen, so kann er jetzt daneben sich durch Vornahme der Aufrechnungserklärung von seiner Verbindlichkeit befreien.

Auch das Gesetz erkennt diese mit der Aufrechnungslage entstandene Inhaltsänderung des Schuldverhältnisses an, wenn es in § 389 die Wir-

100) Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 258.

kungen der Aufrechnungserklärung auf den Moment der Entstehung der Aufrechnungslage zurückbezieht. Denn von diesem Augenblick an entstand die Aufrechnungsbefugnis, deren Hinzutritt zu dem bisherigen Inhalt des Schuldverhältnisses für so bedeutsam angesehen wird, daß auch die Wirkungen dieser hinzugekommenen Befreiungsmöglichkeit durch Aufrechnung nicht von ihrer Erklärung an gelten sollen, sondern von ihrer Entstehung. Damit wird der Verkehrsauffassung auch Genüge getan. Der Schwerpunkt liegt also bei dem Rechtsinstitut der Aufrechnung auf der Aufrechnungslage.

Eine rechtlich zutreffende Würdigung der Aufrechnungslage bietet allein den Schlüssel zur Lösung.

Man wird festhalten müssen, daß der auf Leistung des geschuldeten Gegenstandes in Anspruch genommene Schuldner, dieses Leistungsbegehren durch Vornahme der Aufrechnungserklärung zurückweisen konnte.

Damit zeigt sich das Schuldverhältnis mit dem Inhalte einer facultas alternativa.

Unter der facultas alternativa[101] oder der „alternativen Ermächtigung" versteht man den Fall, daß der Schuldner zwar zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, aber die Befugnis hat, sich durch eine andere Leistung, die er nicht schuldet, zu befreien. Man pflegt zu sagen, daß die geschuldete Leistung in obligatione, die nicht geschuldete in solutione sei. Der aufrechnungsberechtigte Schuldner ist zur Leistung des Geschuldeten verpflichtet. Er muß 1000.— RM zahlen. Er kann sich aber auch durch eine nicht geschuldete Leistung, die Aufrechnungserklärung befreien.

An der Kritik der Gegner soll diese Auffassung erhärtet werden.

## 1. Die Gegner.

Fr. Leonhardt[102] will der Aufrechnungslage den Charakter einer facultas alternativa absprechen. Er sagt: „Dem aufrechnungsberechtigten Schuldner ist es nicht freigelassen, welche Leistungspflicht er erfüllen will, sondern auf welche Weise er seine Schuld tilgen will."

Wie indessen in der gegebenen Definition der facultas alternativa gesagt wurde, besteht überhaupt nur eine Leistungspflicht. Auch der aufrechnungsberechtigte Schuldner hat nur die Pflicht, die geschuldete Leistung zu erbringen. Es sind ihm nicht „verschiedene Leistungspflichten" freigelassen, die er erfüllen kann. Die facultas alternativa gewährt ein Recht, eine Lösungsbefugnis, wodurch in der Tat dem Schuldner freigestellt wird, „auf welche Weise er seine Schuld tilgen will". Denn ent-

101) Enneccerus a. a. O., Bd. II. § 244.
102) Fr. Leonhard, a. a. O., S. 119.

weder bewirkt er die geschuldete Leistung (er zahlt 1000,— RM), oder aber, er tilgt seine Schuld durch eine andere nicht geschuldete Leistung (er rechnet auf). Das ist facultas alternativa.

Schwerer wiegt der Einwand von Weigelin[103], daß die einseitige Aufrechnungserklärung keine „Leistung" sei.

Unter „Leisten" hat man ein Tun oder Unterlassen zu verstehen, auf das sich die Verpflichtung des Schuldners richtet.[104] In diesem technischen Sinne kann man aber bei der facultas alternativa überhaupt nicht den Ausdruck „Leisten" verstehen. Die nicht geschuldete „Leistung" soll ja gerade an die Stelle der geschuldeten „technischen" Leistung treten, auf sie kann sich also nicht die Verpflichtung des Schuldners richten, da auch sie sonst geschuldet wäre[105], was aber dem Wesen der facultas alternativa widerspricht. Die Aufrechnungserklärung ist geeignet, die Funktionen jener untechnischen „Leistung" auszufüllen, da der Schuldner zu ihr nicht verpflichtet ist, sie aber ausgeübt, Tilgungswirkung hat. Ja in dieser Wirkung geht die Aufrechnungserklärung noch über die einer Tilgung durch Zahlung hinaus. Während der Gläubiger Teilzahlungen gemäß § 266 zurückweisen kann, muß er sich eine Teilaufrechnung gefallen lassen.

Weigelins Einwand kann daher keinen Erfolg haben, wenn er den Charakter der Aufrechnung als facultas alternativa lediglich deshalb leugnet, weil die Aufrechnungserklärung keine Leistung sei. Das Recht[106] kennt mehrere Fälle einer gesetzlichen facultas alternativa. Zu denen muß auch die Aufrechnung gerechnet werden, da auch hier das Gesetz dem Schuldner freiläßt, seine Schuld in anderer Weise als durch Bewirkung der geschuldeten Leistung, nämlich durch Aufrechnung, zu tilgen.[107]

## 2. Insbesondere das Reichsgericht.

Unlängst hat das Reichsgericht, zu der hier behandelten Frage Stellung genommen. Im 120. Bande, S. 280[108] führt es aus, daß

> „es allerdings sehr beachtlich sei, wenn im Schrifttum das Vorliegen einer facultas alternativa des Schuldners angenommen werde".

Gleichwohl glaubte der IV. Senat, eine facultas alternativa hier ablehnen

103) Weigelin, a. a. O., S. 38.
104) Enneccerus, a. a. O., 10. Bearb., § 225 II.
105) Vgl. Enneccerus, a. a. O., 10. Bearb., § 225, II.
106) Vgl. §§ 251, Abs. 2; 257; 775 Abs. 2; 1087 Abs. 2; 1973 Abs. 2; 2170 Abs. 2.
107) Im Ergebnis vgl. auch Lehmann-Enneccerus, a. a. O., § 20 I, 4; zustimmend wohl Schwalbe, a. a. O., S. 331.
108) Mitgeteilt in Jur. Woch. 28, 1288 Nr. 6.

zu müssen. Die Gründe können jedoch nicht überzeugen. Gegen die facultas alternativa wird angeführt:

„Nach dem BGB gilt die Aufrechnung nicht als Leistung an Erfüllungsstatt sondern als Erfüllung oder doch als Erfüllungssurrogat."

Gegen die Wirkung der Aufrechnung kann sich das Reichsgericht mit diesen Ausführungen nicht wenden, da die Aufrechnung fraglos keine Leistung „erfüllungshalber" ist, sondern mit ihrem Vollzug die geltend gemachte Forderung endgültig zum Erlöschen bringt und sie damit schlechterdings nach der Terminologie des Gesetzes keine andere Wirkung haben kann als die einer Leistung an Erfüllungsstatt. Vielmehr scheint das Gericht sagen zu wollen, daß die Aufrechnung keine „andere als die geschuldete" Leistung sei § 364, sondern nur eine Form der Erfüllung.

Die Aufrechnung als eine Tilgungsform anzusehen, die nur eine Unterart der in § 362 normierten „Erfüllung" sei, geht nicht an. Die Systematik des Gesetzes steht dem entgegen. Im 3. Abschnitt des 2. Buches werden die Erlöschungsgründe der Schuldverhältnisse aufgezählt, unter denen die Aufrechnung eine völlig selbständige Stellung einnimmt. Im ersten Titel dieses Abschnittes wird die Hauptform des Erlöschens eines Schuldverhältnisses normiert, nämlich die Bewirkung der geschuldeten Leistung (Erfüllung genannt). Im 3. Titel wird es alsdann den Parteien freigestellt, auf eine andere Weise das Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeizuführen, nämlich durch Bewirkung einer nicht geschuldeten Leistung. durch die Aufrechnungserklärung, die den Parteien selbständig alternativ neben der Bewirkung der geschuldeten Leistung durch effektive Erfüllung (Titel I) zur Verfügung steht.

Damit ist aber die Aufrechnungsvollziehung als eine „andere als die geschuldete" Leistung genügend gekennzeichnet. Daß im Sinne einer facultas alternativa die Aufrechnungserklärung überhaupt eine „Leistung" ist, und zwar eine nicht geschuldete wurde bereits nachgewiesen.

Gleich im Anschluß an den eben widerlegten Satz des Reichsgerichts steht nun ein weiterer Satz. Er lautet:

„Die Erfüllung (durch Aufrechnungserklärung) ist aber keine Eigenschaft sondern das Ziel der Forderung."

Auch dieser Satz soll sich gegen die Annahme einer facultas alternativa richten. Es wird damit angedeutet, daß, wenn die Aufrechnungslage den Charakter einer facultas alternativa habe, diese eine Eigenschaft der Forderung sei. Das sei aber unrichtig, denn die durch die facultas alternativa gebotene „Erfüllung sei nicht Eigenschaft sondern Ziel der Forderung".

Zunächst wird hier die notwendige Voraussetzung zu dem Satze des Reichsgerichts zu untersuchen sein, ob denn überhaupt die facultas alternativa eine „Eigenschaft der Forderung" ist. Schon das ist zu verneinen. Man kann sagen, daß ein Schuldverhältnis den Inhalt einer facultas alternativa habe, eine Eigenschaft der Forderung, wie es z. B. ihre Unklagbarkeit wäre, ist sie sicher nicht. Ist aber die Erfüllung durch Aufrechnung hier Wesensmerkmal der facultas alternativa, so gehört auch die „Erfüllung nicht zur Eigenschaft der Forderung". Der wie immer geartete Erfüllungsweg ist stets Inhalt eines Schuldverhältnisses und insoweit auch, wie das Reichsgericht hier richtig sagt, Ziel des Schuldverhältnisses, der Forderung.

Die Argumentation des Reichsgerichts geht also auch mit diesem Satze fehl, wenn es die facultas alternativa zu leugnen versucht.

Man wird daher an dem Ergebnis festhalten können, daß mit der Entstehung der Aufrechnungslage das Schuldverhältnis einen erweiterten Inhalt, nämlich den einer facultas alternativa erhalten hat.[109]

## II. Folgerungen, die sich aus der Annahme einer facultas alternativa ergeben.

### 1. Die unmittelbare Anwendung des § 813 Abs. 1 BGB.

Welche Folgerungen sind nunmehr aus dieser rechtlichen Beurteilung zu ziehen?

Von der Mehrzahl der Schriftsteller[110], die sich mit der facultas alternativa beschäftigt haben, wird angenommen, daß der in Unkenntnis einer Ersetzungsbefugnis, einer facultas alternativa, Leistende, einen Rückforderungsanspruch gemäß § 813 Abs. 1 habe, da die facultas alternativa ein Einrederecht begründe, welches den geltend gemachten Anspruch dauernd ausschließe.

Unter dem Begriff „Einrede" in § 813 Abs. 1 hat man ein Recht zu verstehen, das die Befugnis gewährt, gegenüber einem bestehenden Anspruch die geschuldete Leistung dauernd zu verweigern, womit gesagt ist, daß es sich im § 813 nur um peremptorische Einreden handeln kann.

Ein solches Einrederecht wird man nun bei der facultus alternativa anerkennen müssen. Wer mit einer Ersetzungsbefugnis schuldet, kann den

---

109) Liebknecht, a. a. O., S. 109; Oertmann, Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 113, S. 397, 406, 412; R.G.RKomm. 7. Aufl. zu § 813 Anm. 6c; Siber, a. a. O., S. 133.

110) Enneccerus, a. a. O., § 244 Anm. 4; Kipp zu Windscheid, § 255, 4b; v. Mayr, a. a. O., S. 478; Planck-Siber, Vorbem. § 262, II, 1 und 2; R.G.R. Komm. 7. Aufl. zu § 813 Anm. 6c; Titze, Unmöglichkeit, S. 196 Anm. 1.

geltend gemachten Anspruch dadurch dauernd ausschließen und zurückschlagen, daß er von ihr Gebrauch macht und eine nicht geschuldete Sache leistet. Zwar ist es richtig, daß bei einer facultas alternativa die bloße Verweigerung der geschuldeten Leistung den Anspruch auf diese noch nicht dauernd auszuschließen vermag. Vielmehr ist dazu neben der Willenserklärung, die geschuldete Leistung nicht vornehmen zu wollen, noch die Bewirkung einer nicht geschuldeten Leistung erforderlich. Jedoch wird man an diesem erforderlichen „Mehr" die Annahme eines Einrederechtes kaum scheitern lassen können. Das wesentliche ist doch auch hier, wie bei der Einrede sonst, die Geltendmachung eines Willens, die Abgabe einer Willenserklärung, durch welche die Leistung der geschuldeten Sache verweigert wird. Denn die Wahl des Schuldners, eine nicht geschuldete Sache anstelle der geschuldeten mit befreiender Wirkung leisten zu wollen, setzt eine Willenserklärung, wenigstens eine stillschweigende, voraus. Die Leistung in Unkenntnis von der Ersetzungsbefugnis wäre keine Wahlausübung.

Der Schwerpunkt liegt also bei der Verweigerung der geschuldeten Leistung auf der diesbezüglichen Willenserklärung, so daß, das bei der facultas alternativa weitere Erfordernis, die Leistung einer nicht geschuldeten Sache, nur als Modifikation der die Leistung der geschuldeten Sache verweigernden Willenserklärung erscheint. Lediglich aus diesem Grunde ein Einrederecht im Sinne von § 813 leugnen zu wollen, hieße doch den Begriff der Einrede überspannen.

Mit mehr oder weniger von einander abweichender Begründung ist denn auch in der Literatur bei der facultas alternativa die Entstehung eines Einrederechts angenommen worden.

So sagt Kipp[111]: „Würde die facultas alternativa dem Schuldner nur ein Recht geben unter Anbieten der Befreiungsleistung die geschuldete Leistung zu verweigern, so würde man darin sein Recht zur condictio indebiti deutlich sehen. Denn diese Einrede wäre peremptorisch § 813. Nun aber wirkt die facultas alternativa sogar ipso iure umso mehr also muß die condictio indebiti begründet sein."

Siber[112] sieht ebenfalls in der Geltendmachung einer Abfindungsbefugnis eine Einrede, freilich nur eine anspruchsändernde, denn ihre Geltendmachung — also lediglich die Willenserklärung ohne Bewirkung der nicht geschuldeten Leistung — führe zu einer Verurteilung des Schuldners unter Vorbehalt der Abfindung. Das ist richtig. Nimmt jedoch der Schuldner die nicht geschuldete Leistung gleich vor, oder bietet er sie dem Gläu-

111) Kipp zu Windscheid, a. a. O., § 255, 4 b.
112) Planck-Siber, a. a. O., Vorbem. zu § 262 II.

biger in einer den Annahmeverzug begründenden Weise an, so kann er die sofortige Abweisung der Klage erreichen.

Siber fährt fort: „Hat der Schuldner die Abfindung in der Meinung geleistet, sie (überhaupt) schuldig zu sein, so kann er sie nach § 813 zurückfordern. Das gleiche ist aber auch anzunehmen, wenn er in Unkenntnis von der Abfindungsbefugnis die geschuldete Leistung bewirkt hat."

Auch das Reichsgericht[113] scheint der Ansicht zuzuneigen, daß die facultas alternativa unter § 813 falle, „da diese im BGB nicht als besonderer Rechtsbegriff geregelt sei und aus dem Stillschweigen des § 813 zu diesen Fällen nicht ohne weiteres gefolgert werden könne, daß sie nicht zu den dort erwähnten Kondiktionsfällen gehören sollen".

Bedenken gegen die hier vorgetragene Ansicht werden mit überzeugender Begründung kaum erhoben.[114] H. Lehmann[115] weist auf den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit hin. „Ihr widerspräche es, dem Schuldner zu gestatten, die Erfüllung einer bestehenden Schuld bloß deshalb rückgängig zu machen, weil ihm noch eine andere vorteilhaftere Tilgungsart offen gestanden hätte."

Daß hier die Leistung in Kenntnis der Ersetzungsbefugnis ausscheiden muß, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß darin die Ausübung der Wahl oder doch der Verzicht auf das Wahlrecht zu sehen ist. Es bliebe mithin nur der Fall, daß in Unkenntnis von der facultas alternativa geleistet wurde. Der Rechtssicherheit ist aber kaum gedient, wenn dem einen Teil infolge entschuldbarer Unkenntnis von der Gesamtheit seiner ihm zustehenden Rechte ein Vermögensnachteil erwächst, den er nicht wieder soll beseitigen können, obwohl der andere Teil mit der Ersatzleistung ebenso zufrieden sein muß.

Die Verewigung eines Zustandes, der auf offenbaren Zufälligkeiten beruht und als unbillig erscheint, muß gerade im Interesse des solche Zufälligkeiten und Unbilligkeiten bekämpfenden Rechtes vermieden werden. Der Rechtssicherheit dient nicht nur die Erhaltung einer einmal vorgenommenen Vermögensverschiebung, sondern in erster Linie die Erhaltung und Förderung des Vertrauens in die Billigkeit der Ergebnisse des Rechts. Ein Moment, dem auch dann der Vorzug zu geben ist, wenn die erstere mit dem letzteren in Widerstreit gerät. Zudem mag auch nicht übersehen werden, daß bei § 813 auch die Vorschrift des § 818 Abs. 3 Anwendung findet. Danach schiebt das Gesetz schon selbst dem Rückforde-

113) RG 120, 280 ff.
114) a. M. sind: Langheineken. a. a. O., S. 113; Pescatore a. a. O., S. 274 u. 284.
115) Lehmann bei Enneccerus, Bd. 2, 12. Bearb. § 10, I, 4.

rungsbegehren einen Riegel vor, indem es die Verpflichtung zur Herausgabe bei Fortfall der Bereicherung ausschließt.

Man kann also an dem aus der facultus alternativa erwachsenen Einrederecht festhalten, womit sich die unmittelbare Anwendung von § 813 Abs. 1 auch für den Fall der Leistung in Unkenntnis von der Aufrechnungsbefugnis ergibt, da, wie dargelegt wurde, die Aufrechnung den Charakter einer facultas alternativa trägt.

Wird so das in Unkenntnis Geleistete zurückgegeben, so sei, meint Schwalbe[116] eine Aufrechnung dennoch nicht mehr möglich, weil § 390 die Aufrechnung gegen eine Forderung verbiete, der eine Einrede entgegenstehe.

Nun hat aber das Gesetz fraglos nur solche Einreden als Aufrechnungshemmnis ansehen wollen, die eine Tilgung der Forderungen im Interesse des Schuldners verhindern, weil es nicht geboten erschien, mit Hilfe der Aufrechnung Forderungen zum Erlöschen zu bringen, die auch außerhalb der Aufrechnungslage nicht erfüllt zu werden brauchten. Unter den Begriff der Einrede in § 390 kann nach dem ganzen Sinn und Zweck des Institutes der Aufrechnung eine Einrede nicht gerechnet werden, die ihre Entstehung gerade der Aufrechnungslage verdankt und außerhalb dieser nicht besteht.

Der in Unkenntnis von der Aufrechnungsbefugnis zahlende Schuldner kann mithin unter Anwendung der mit der Aufrechnungslage entstandenen Rechtsgrundsätze über die facultas alternativa das Geleistete nach § 813 zurückfordern und alsdann die Aufrechnungserklärung nachholen.

## 2. Die analoge Anwendung des § 813 Abs. 1 BGB.

Will man der hier vorgeschlagenen unmittelbaren Anwendung von § 813 Abs. 1 nicht folgen, weil das mit der facultas alternativa entstandene Einrederecht nicht der Einrede im Sinne des § 813 Abs. 1 unbedingt gleichgesetzt werden könne, so ergibt sich aus den Erörterungen aber doch die analoge Anwendung von § 813, da das Leistungsverweigerungsrecht der mit der Aufrechnungslage entstandenen facultas alternativa der Einrede im Sinne von § 813 zum mindesten sehr ähnlich ist.

Unter dem Gesichtspunkt der analogen Anwendung sei dabei auf eine Konstruktion zur Lösung des Problems hingewiesen, die von Oertmann[117] vorgeschlagen wird. Er sagt: „Die Aufrechenbarkeit begründe keine

116) Schwalbe, a. a. O., S. 332.

117) Oertmann, a. a. O., zu § 389, 1; ähnlich Landsberg, a. a. O., S. 362; Weismann, a. a. O., S. 34.

Einrede im technischen Sinne, so daß eine unmittelbare Anwendung von § 813 nicht möglich erscheine. Aber sie begründe doch nur deshalb keine solche, weil sie (die Aufrechenbarkeit) in ihrer Wirkung weitergehe, mittels ‚Geltendmachung' den Anspruch des Gegners nicht nur hemme, sondern sogar vernichte."

Oertmann unterscheidet deutlich die Aufrechenbarkeit (Aufrechnungslage) von ihrer Geltendmachung (der Aufrechnungserklärung). Stattet aber schon die Aufrechnungslage mit Wirkungen aus, die er mit denen einer Einrede vergleicht, wobei es dahin gestellt bleibt, wie die Wirkungen in der Aufrechnungslage entstehen sollen, wenn sie erst durch die Aufrechnungserklärung „wirken".

Zu dieser Formulierung kommt Oertmann als Verfechter der Pendenztheorie, die als im Widerspruch mit dem geltenden Recht stehend abgelehnt wurde. Indessen handelt es sich bei dem Gedanken Oertmanns und bei der Stellungnahme gegenüber der Pendenztheorie hier nur um eine präzisere Ausdrucksweise. Die Aufrechnungslage hat keine „Wirkungen" auf den Bestand der Forderung, sondern gibt eine Möglichkeit, durch eine entsprechende Willenserklärung eine Wirkung zu erzeugen, die der einer Einrede vergleichbar ist. Unter dieser Voraussetzung wird man auch das von Oertmann gebrauchte argumentum a fortiori als durchschlagend anerkennen müssen.

Wenn das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 120. Band S. 280ff. sich für seine, einen Rückforderungsanspruch ablehnende Entscheidung letzten Endes nur auf die Motive beruft, so muß dem entgegengehalten werden, daß bei aller Bedeutung, die die Motive als Erkenntnisquelle besitzen, sie dennoch nicht Gesetz sind und eine Entscheidung verhindern könnten, die gegen den mehr oder weniger kund getanenen Gedanken des Gesetzgebers verstößt. Das gerade ist die Aufgabe des schöpferischen Juristen, das Recht im Einklang mit der als Billigkeit empfundenen Anschauung des Volkes zu erhalten. Das muß ganz besonders in einem Falle wie dem vorliegenden gelten, in dem die Motive noch nicht einmal einen zweifelsfreien Willen des Gesetzgebers erkennen lassen.

So sagen die Motive [118] auf Seite 832, „daß die condictio indebiti nach der Auffassung des Entwurfs von der Aufrechnung und nach deren Gestaltung unzulässig sei, wenn von dem Aufrechnungsrechte kein Gebrauch gemacht sei".

Das ist sicher zutreffend, wenn in Kenntnis von der Aufrechenbarkeit geleistet worden ist. Wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn in Unkennt-

118) Motive, Bd. 2.

nis von der Aufrechnungsbefugnis geleistet wurde, sagen die Motive schon wesentlich weniger bestimmt an anderer Stelle auf Seite 109. Es heißt da wörtlich:

„Sie (die condictio indebiti) wird vom Standpunkt des Entwurfes aus zu verneinen sein."

Eine zweifelndere Ausdrucksweise zu dem gestellten Problem ist kaum möglich.

Die Motive können daher hier unter keinen Umständen ausschlaggebend sein.

# D. Schluß.

Die Entscheidung des vorliegenden Problems ergibt sich also wie folgt: Das in Unkenntnis von der Aufrechnungsbefugnis Geleistete kann weder durch einfache Nachholung der Aufrechnungserklärung als Nichtgeschuldetes noch über den Weg der Anfechtung nach §§ 119 und 123 oder aus vergleichender Argumentation zurückverlangt werden.

Die Würdigung der Aufrechnungslage führt zu der Annahme einer facultas alternativa, die eine Einrede erzeugt und damit zur unmittelbaren oder doch zur analogen Anwendung des § 813 Abs. 1 führt, womit das Geleistete zurückgefordert und die Aufrechnung nunmehr erklärt werden kann.

Damit wäre ein Ergebnis gewonnen, das durch Zufälligkeiten entstandene Unbilligkeiten im Rechte vermeidet und dazu beitragen könnte, das Vertrauen in eine lebensnahe Rechtsprechung zu fördern.

# Lebenslauf.

Am 13. September 1903 wurde ich in Berlin-Friedenau geboren. Ich besuchte das Realgymnasium zu Lichterfelde bis zur Quarta und trat im August 1914 in das Kadettenkorps ein. Nach dem Besuch der Voranstalten in Naumburg a. S. und Potsdam kam ich zu Beginn des Jahres 1918 in die Haupt-Kadettenanstalt nach Lichterfelde. An den Kämpfen in den Jahren 1919—20 in Berlin nahm ich als Freiwilliger der Garde-Kavallerie-Schützen-Division teil. Hierbei zog ich mir ein mehrere Jahre dauerndes Lungenleiden zu, das mich zwang, mein nach dem Abiturienten-Examen im Winter-Semester 1923 in Berlin begonnenes Studium längere Zeit zu unterbrechen. Im Januar 1933 bestand ich am Kammergericht das Referendar-Examen. Anschließend promovierte ich im Mai 1933 in Marburg a. Lahn, wo ich 1932 zwei Semester studiert hatte.

Herrn Geheimrat Prof. Dr. Manigk danke ich auch an dieser Stelle für die mir erwiesene Förderung und nicht zuletzt für seine lehrreichen Vorlesungen und Seminare während seiner Marburger Lehrtätigkeit.